

Señores

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

Contraloría delegada Intersectorial No. 15

UNIDAD DE INVESTIGACIONES ESPECIALES CONTRA LA CORRUPCIÓN.

responsabilidadfiscalcgr@contraloria.gov.co

EXPEDIENTE: PRF. UCC-PRF-013-2019

ENTIDAD AFECTADA: MINISTERIO DE VIVIENDA CIUDAD Y TERRITORIO Y OTROS.

VINCULADOS: ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO NIÑO Y OTROS.

TERCEROS VINCULADOS: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C Y OTROS.

**ASUNTO: RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO
APELACIÓN EN CONTRA DEL FALLO CON RESPONSABILIDAD
FISCAL No. 2145 DEL 29 DE NOVIEMBRE DE 2024.**

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**, conforme a poder obrante en el expediente, de manera respetuosa y encontrándome dentro del término legal correspondiente, procedo a presentar **RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO DE APELACIÓN** en contra del **FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL No. 2145 DEL 29 DE NOVIEMBRE DE 2024**, por medio del cual se declaró como tercero civilmente responsable a mi poderdante, en virtud de las Pólizas de Manejo Global Entidades Estatales No. 600-64-994000002920, y No. 021715582/0, solicitando desde ya que se revoque el acto administrativo en cita y, en consecuencia, se absuelva a los presuntos responsables y a la aseguradora que represento, conforme a los argumentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación:

I. OPORTUNIDAD.

Considerando que se realizó la notificación personal del acto administrativo que determinó responsabilidad fiscal el 5 de diciembre de 2024, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56 de la Ley 610 de 2000, frente al fallo con responsabilidad fiscal proceden los recursos de reposición y apelación, los cuales deben interponerse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del fallo. En virtud de ello, el presente escrito se presenta dentro del plazo establecido.

II. ANTECEDENTES DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL TRAMITADO
BAJO EL EXPEDIENTE No. 013-2019.

Antes de exponer las razones que servirán de base de la revocación del fallo que declaró civilmente responsable a mi representada, es relevante recordar que el proceso de responsabilidad fiscal se originó a partir de la denuncia ciudadana radicada con el No. 2017-118264-80154-D-, relacionada con los hechos irregulares relacionados con el proyecto de vivienda urbana denominado “Torres del Parque”, que se desarrolló en el predio localizado en la Calle 31 No. 16 – 69, identificado con matrícula inmobiliaria No. 070-140607 de la oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Tunja (Boyacá), y con matrícula catastral No. 010303210005000, sector conocido como El Nogal, que correspondió a una iniciativa aprobada por la Nación, a través de FINDETER, en donde se invirtieron dineros en la modalidad de subsidios de vivienda del orden nacional, departamental y municipal.

Mediante Auto No. 0014 del 2 de abril de 2019, el Contralor General de la República, declaró estos hechos de Impacto Nacional y se ordenó a la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción, adelantar el trámite de conformidad con lo establecido en la Ley 610 de 2000 y la Ley 1474 de 2011 de los hechos relacionados en el ANT-2018-088, siendo que la entidad afectada es el Municipio de Tunja.

En virtud de la mencionada denuncia, el ente de control mediante Auto 0922 del 25 de octubre de 2019 el Contralor Delegado Intersectorial No.4, conforme a su competencia ordenó la apertura del proceso ordinario de responsabilidad fiscal UCC-013-2019, ello con fundamento en los presuntos hechos irregulares antes referidos que a juicio de la Contraloría representaron un daño patrimonial de CUATRO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO SESENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS CINCO PESOS (\$4.869.168.505).

Posteriormente, a través del Auto No. 268 del 17 de febrero de 2021, se adicionó el auto de apertura y se vincularon unos presuntos responsables fiscales dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal No. UCC-PRF- 013-2019, por el presunto detrimento patrimonial con un aumento en la cuantía, para una suma total de SIETE MIL NOVECIENTOS CUARENTA MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y UN MIL TRESCIENTOS VEINTICINCO PESOS (\$7.940.461.325).

La investigación procesal se centró particularmente en determinar y establecer la responsabilidad de los sujetos procesales imputados mediante los mencionados autos, para también verificar si en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de esta, se ha causado por acción u omisión, y en forma dolosa o gravemente culposa, un menoscabo o detrimento al patrimonio del Estado. Así mismo, se iniciaron indagaciones para establecer la responsabilidad que les asistía a las aseguradoras vinculadas en calidad de terceros civilmente responsables, en relación de mi prohijada, este estudio se fundamentó en las pólizas de Responsabilidad Civil Servidores Públicos N°600-87-994000000017, N° 600-87- 994000000029, N°600-87-994000000023 y de Pólizas de Manejo 600-

64-994000002920, N° 021715582/0 en coaseguro y N°021960729/0 en coaseguro.

Dicho lo anterior, procedo a exponer y evidenciar las falencias presentes en el fallo con responsabilidad fiscal emitido contra mi representada. Estas razones fundamentan la necesidad de revocar el fallo proferido por la colegiatura.

III. VICIOS DE NULIDAD EN LOS QUE INCURRIÓ EL FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL No. 2145 DEL 29 DE NOVIEMBRE DE 2024.

3.1. LA CONTRALORÍA INCURRIÓ EN FALSA MOTIVACIÓN - LA CUANTÍA DEL DAÑO FISCAL DETERMINADA NO CORRESPONDE A LO PROBADO EN EL TRÁMITE ADMINISTRATIVO.

La Contraloría delegada Intersectorial No. 15 incurrió en el vicio de nulidad relacionado con la falsa motivación, como quiera que, al expedir el Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 2145 del 29 de noviembre de 2024, omitió acreditar probatoriamente y exponer en la motivación del acto administrativo que en efecto la cuantía del detrimento patrimonial ascendía a la suma por la que finalmente expidió la condena, siendo que entonces claramente hay una discordancia entre lo acreditado como daño patrimonial en el trámite y la condena que finalmente se impuso a los responsables fiscales, como pasa a explicarse.

Para sustentar el reparo que ahora se propone, debe tenerse en cuenta que el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone que procede la nulidad de los actos administrativos, entre los cuales, lógicamente se encuentra el Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 2145 del 29 de noviembre de 2024, cuando hayan sido expedidos mediante falsa motivación. Dicha causal de nulidad ha sido definida por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado de la siguiente manera:

“La falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos.

Entendida como el deber que tienen las autoridades de expresar las razones que conducen a la toma de una determinada decisión o a la expedición de un acto, la motivación de las decisiones judiciales y administrativas se proyecta como una manifestación y garantía del derecho fundamental al debido proceso que prevé el artículo 29 constitucional. En materia de procedimiento administrativo, **el alcance de este deber no se limita a la expresión de los motivos que justifican la expedición del acto pues se entiende que, además, estos deben ser veraces y estar probados.**

Así entonces, el vicio de falsa motivación se configura cuando las razones invocadas en la fundamentación de un acto administrativo son contrarias a la realidad. Sobre el particular la jurisprudencia de la Subsección Segunda del Consejo de Estado, indicó¹:

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda. Subsección A, Sentencia del 17 de marzo de 2016, radicación 11001-03-25-000-2012-00317-00 (1218-12)

Los elementos indispensables para que se configure la falsa motivación son los siguientes: (a) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta; (b) **la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos**, y (c) la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado [...]

Así las cosas, el vicio de nulidad en comento se configura cuando se expresan los motivos de la decisión total o parcialmente, pero los argumentos expuestos no están acordes con la realidad fáctica y probatoria, lo que puede suceder en uno de dos eventos a saber: primero, **cuando los motivos determinantes de la decisión adoptada por la administración se basaron en hechos que no se encontraban debidamente acreditados** o, segundo, cuando habiéndose probado unos hechos, estos no son tenidos en consideración aunque habrían podido llevar a que se tomara una decisión sustancialmente distinta.”² (énfasis añadido).

De igual forma, la doctrina nacional se ha encargado de definir en qué consiste la motivación de los actos administrativos. Así, por ejemplo, el profesor Gustavo Penagos, haciendo un recuento jurisprudencial y doctrinal, menciona lo siguiente:

“El especialista y profesor del Uruguay Luis Enrique Chase, antes citado, apoyado en Garrido Falla, dice:

“... que ‘por motivación del Acto Administrativo debe entenderse la exposición de las razones que mueven a la administración a tomar el acuerdo en que el acto consiste’. Siguiendo este concepto podemos afirmar que la motivación viene a constituir la ‘exposición de motivos’ que realiza la administración para llegar a la conclusión inserta en la parte resolutive del acto o a la resolución misma.

“La motivación, o mejor la ‘fundamentación’ del acto como prefiere el profesor Alberto Ramón Real y que acepta el tratadista Agustín Gordillo ‘que es de carácter fáctico y jurídico’, conque la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada”:

(...)

La doctrina en general es unánime en aceptar que la motivación no es cuestión de forma, sino de substancia, o que se integra con la forma. “³

De igual forma, la doctrina, ha puesto de presente cuáles son las exigencias que se deben satisfacer por parte de la Administración para entender que ha motivado en debida forma sus decisiones. Veamos:

“...la Corte Constitucional en sentencia de 25 de mayo de 2005 en donde siguiendo los lineamientos del profesor René Chapus en su tratado de derecho dispone que:

“...el deber de motivar los actos administrativos está orientado a satisfacer tres exigencias:

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección A. Sentencia del 25 de noviembre de 2021. Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Radicado No. 11001-03-25-000-2019-00763-00(5728-19)

³ Penagos, G. (2011). El Acto Administrativo. Tomo I. Parte General. Nuevas Tendencias (Novena ed.). Ediciones Doctrina y Ley LTDA.

1. En primer lugar, una exigencia propia de la democracia, toda vez que conforme a ésta se impone a la administración la obligación de dar cuenta en los actos administrativos de las razones por las cuales ha obrado en determinado sentido (art. 123 C.P. ‘Los servidores públicos están al servicio del estado y la comunidad’. Art. 209 C.P. ‘La función administrativa está al servicio de los intereses generales’).

2. En segundo lugar, pone de presente la exigencia de adelantar una ‘buena’ administración.

3. En tercer lugar ‘la motivación de los actos administrativos facilita el control de la actuación administrativa ...’

“Así las cosas, salvo excepciones previstas en el ordenamiento, un acto administrativo sin motivación alguna o con una motivación manifiestamente insuficiente carece de validez constitucional y legal, al no expresar las causas fácticas y jurídicas que determinan su adopción”.⁴

En ese sentido, es claro que para que la motivación de un acto administrativo sea suficiente y goce de validez constitucional y legal, este debe expresar claramente los motivos en los cuales se fundó y cómo acreditó probatoriamente tales situaciones al interior de la actuación administrativa, pues de lo contrario, es decir, ante la ausencia de uno de los dos supuestos anteriores, nos encontraremos indefectiblemente ante un escenario de nulidad por falsa motivación.

Ahora, descendiendo al caso concreto, debe mencionarse que la Contraloría fundamenta el Fallo que ahora se recurre en un supuesto daño patrimonial correspondiente a **DIEZ MIL DOSCIENTOS TRES MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL CIENTO VEINTISÉIS PESOS M/TE**, resultante de la sumatoria indexada de las sumas causadas por concepto de i) anomalías en la entrega y manejo del anticipo, ii) los incumplimientos contractuales por parte del constructor al ejecutar la obra sin cumplir con las especificaciones del diseño iii) la deficiencia y mala calidad del proyecto de vivienda prioritaria y iv) la no terminación del proyecto de vivienda denominado “Torres del Parque”. Sin embargo, dicha cuantificación no se acompasa a los requisitos que debe cumplir un daño patrimonial para ser resarcible en el escenario de la responsabilidad fiscal, como se pasa a explicar.

Para iniciar el análisis propuesto en relación con la indebida acreditación y cuantificación del daño patrimonial, debe mencionarse que, justamente el daño, es definido por el artículo 5 de la Ley 610 de 2000⁵ como uno de los elementos fundamentales de la responsabilidad fiscal, es decir, sin la existencia y debida acreditación del daño, no es posible imputar responsabilidad fiscal, por tanto, sin que la exposición de motivos en relación al daño, sea suficiente en el acto administrativo que declara la responsabilidad fiscal, este se encontrará inmerso en el vicio de nulidad por falsa motivación.

⁴ Ibidem. Pág. 203 – 204.

⁵ ARTICULO 5o. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

- Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.
- Un daño patrimonial al Estado.
- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores (...)

Dicho lo anterior, debe mencionarse que el daño en tratándose de responsabilidad fiscal ha sido caracterizado como un elemento objetivo, para cuya configuración se exige que exista prueba que acredite con certeza, de un lado la existencia del menoscabo al patrimonio público, y, de otro, su cuantificación⁶, pues de antaño ya ha sostenido la jurisprudencia que no cualquier detrimento patrimonial es susceptible de reparación en el proceso de responsabilidad fiscal, siendo que este debe encontrarse plenamente determinado y ser cierto, no eventual o hipotético.

Así mismo lo ha considerado la Corte Constitucional, señalando al respecto que el daño en responsabilidad fiscal debe cumplir las siguientes características:

*“(...) Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser **cierto, especial, anormal y cuantificable** con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio (...)”⁷.*

Es decir, para que se pueda imputar la responsabilidad fiscal el daño patrimonial debe estar plena y claramente cuantificado, así como también debe estar acreditado probatoriamente y debe haber ocurrido en realidad, es decir, no puede ser probable, aproximado o hipotético, lo que por sustracción de materia impone una carga argumentativa al ente de control en el acto administrativo que declare la existencia de responsabilidad fiscal, pues tal providencia debe expresar de manera específica y con relación a los medios de prueba debidamente incorporados en el expediente, cómo se llegó a la tasación del daño y cómo se logró su acreditación probatoria en el trámite administrativo.

Así las cosas, como ya se mencionó, en tanto en el fallo con responsabilidad fiscal se omite el deber argumentativo y probatorio que le atañe a la entidad respecto del daño patrimonial cuya reparación se persigue, el acto administrativo se encontrará viciado de nulidad por incurrir en el vicio de la falsa motivación. Tal es el caso que ahora nos ocupa, como quiera que, en el fallo con responsabilidad fiscal recurrido, la Contraloría omitió realizar la cuantificación del daño con arreglo a las pruebas obrantes en el expediente y así mismo, se abstuvo de realizar un análisis pormenorizado del mismo.

En relación con lo antes dicho, debe mencionarse que en relación con el daño patrimonial supuestamente causado por la pérdida de recursos públicos que fueron pagados al consorcio constructor por la ejecución de la Unión Temporal Torres del Parque, debido a las deficiencias en el proceso constructivo y la no terminación del proyecto, omitió la Contraloría considerar que los

⁶ Consejo de Estado sentencia del 22 de febrero de 2018, expediente 2108483, C. P. Dr. Alberto Yepes Barreiro.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-620 del 13 de noviembre de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

presuntos defectos constructivos no se dieron en todas las torres, que a la fecha hay unidades habitacionales que ya fueron entregadas por lo cual el recurso público se destinó correctamente y además ya hubo indemnizaciones que atenuaron el daño patrimonial.

Al respecto, sea lo primero mencionar que las Resoluciones Nos. 0059 de 27 de febrero de 2016 y 0082 del 14 de marzo de 2016, emitidas por la Alcaldía de Tunja, declararon una calamidad pública en los Bloques E2, E3, F4, F7, I2 Y J2 del Proyecto Torres del Parque del Municipio de Tunja, según informe de estudio técnico realizado por la UPTC y ordenaron la evacuación preventiva de las unidades habitacionales de las Torres I2 y J2 del proyecto Torres del Parque, es decir, según el informe técnico, solamente seis de los bloques presentaban defectos constructivos, pese a lo cual el desalojo preventivo de dos de las unidades, por cuanto las otras cuatro pese a requerir refuerzos continuaban siendo habitables, es decir, en relación al daño patrimonial por los supuestos defectos constructivos debe tenerse en consideración que el mismo no puede imputarse respecto de los recursos de la totalidad del proyecto de vivienda, por cuanto no todas las torres que fueron construidas debían ser reforzadas o reconstruidas.

Ahora bien, tampoco resulta aceptable, que se realice el cobro de la totalidad del proceso constructivo de una torre cuando lo que determinaron los informes y peritajes era que algunas de ellas solo requerían refuerzos, lo cual claramente implica menores costos que la reconstrucción total que es lo que se está cobrando para todo el proyecto de vivienda.

Es decir, en este reparo se concreta en el hecho de que la Contraloría pretende cobrar la totalidad del dinero pagado por la obra bajo la consideración de que la misma es inhabitable con ocasión de sus defectos constructivos, sin tener en consideración que ello no ocurre en todas las unidades y que, algunas de las torres construidas pueden ser habitadas luego de refuerzos que implican erogaciones menores a la reconstrucción total. Así entonces al no discriminar cuáles torres deben demolerse para reconstruirse, cuánto cuesta esto y, cuáles torres deben reforzarse y cuánto cuesta esto, es claro que el daño patrimonial no se encuentra debidamente acreditado ni cuantificado.

En igual sentido, es importante señalar que según radicado ER0094756 del 13 de junio de 2022, que obra en el expediente y al cual incluso se hace referencia en el Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 2145 del 29 de noviembre de 2024, la Empresa Constructora de Vivienda - ECOVIVIENDA - informó la entrega de: i) 160 unidades de vivienda, y ii) el 100% de las obras de urbanismo relacionadas con: acueducto, alcantarillado sanitario y fluvial, andenes y sardineles, vías vehiculares, red de gas, conformación de terrazas, taludes, puntos fijos y rellenos, muros de contención, zonas verdes deportivas y recreativas. Así las cosas, tampoco es dable señalar que el daño patrimonial ocurrió en relación con la totalidad de recursos girados al contratista como quiera que obra prueba de que se han entregado parcialmente las obras.

Lo anterior no es una cuestión menor como quiera que claramente debió la Contraloría descontar la obra entregada y habitable del daño patrimonial, toda vez que claramente los recursos que se destinaron a la construcción de dichas viviendas cumplieron su objetivo y pretender cobrar tal dinero como si fuera un detrimento patrimonial constituye un evidente enriquecimiento sin justa causa para la entidad pública, situación que no es aceptable a la luz del ordenamiento jurídico vigente.

Así mismo, es importante señalar que la Contraloría al momento de tasar el daño patrimonial no tuvo en consideración que ya se generaron indemnizaciones que claramente han atenuado el daño patrimonial; Tal es el caso de la Póliza de cumplimiento No. 36GU024353 otorgada por la aseguradora SEGUROS CONFIANZA S.A., la cual se hizo exigible con ocasión de los mismos hechos que ahora nos convocan, como quiera que mediante Resolución del 14 de marzo de 2018, la Empresa Constructora de Vivienda - ECOVIVIENDA – declaró la ocurrencia del siniestro en afectación de los amparos de cumplimiento, anticipo y calidad del servicio, motivo por el cual SEGUROS CONFIANZA S.A. procedió al pago de indemnización en cuantía de \$940.201.685 el 29 de septiembre de 2020.

Ahora, si bien a folio 1142 del fallo se evidencia un descuento por concepto de pago de indemnización respecto de la póliza de cumplimiento No. 26DL000502 también otorgada por SEGUROS CONFIANZA S.A. relativo al 110% de los subsidios Nacionales de vivienda asignados al proyecto Torres del Parque equivalente a **MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.266.344.746)**, lo cierto es que no se descontó también el valor pagado con cargo a la antes referida Póliza de cumplimiento No. 36GU024353, lo cual implica que pese a haber recibido indemnización parcial por los mismos hechos, la administración pretende ahora volver a realizar cobros por concepto de incumplimiento contractual.

Las situaciones antes señaladas que se encuentran acreditadas en el expediente administrativo, claramente alteran la cuantía del daño supuestamente irrogado al patrimonio público, como quiera que por un lado es claro que no hay detrimento en la totalidad de los montos girados al consorcio constructor toda vez que se han realizado entregas parciales y además no todas las unidades residenciales presentan defectos constructivos y son habitables; Por otro lado, es claro que la administración ya ha recibido indemnización por dichos dineros, por lo que constituye un desacierto solicitar su reintegro también en el proceso de responsabilidad fiscal, cuya finalidad recuérdese es eminentemente resarcitoria y patrimonial.

En conclusión, no se acreditó por parte de la Contraloría una merma en el patrimonio público en la cuantía por la cual se expidió la condena, pues *contrario sensu* está probado que el detrimento patrimonial no ocurrió en la proporción señalada por cuanto hay entregas parciales, indemnizaciones y obras habitables que claramente no se tuvieron en cuenta por el ente de control en la determinación del daño, lo que de suyo implica que uno de los elementos que configuran la

responsabilidad fiscal no cumple con los requisitos determinados por la jurisprudencia, puesto que el daño imputado no es cierto, ni cuantificable con arreglo a su real magnitud de conformidad con el acervo probatorio recaudado.

Lo anterior implica que el acto administrativo presenta una clara divergencia entre la realidad fáctica acreditada que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la cuantificación del daño.

En ese sentido, al encontrarse que los motivos determinantes de la decisión adoptada por la administración en el Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 2145 del 29 de noviembre de 2024, en relación con uno de los elementos fundantes de la responsabilidad fiscal, se basaron en hechos que no se encuentran debidamente acreditados y cuya argumentación incluso contraviene las pruebas obrantes en el expediente, las cuales apuntan hacia una cuantía diferente y menor, motivo por el cual ante la falsa motivación y el desapego de la cuantificación del daño a las pruebas practicadas, debe procederse a la revocatoria inmediata del fallo con responsabilidad fiscal, por encontrarse el mismo viciado de nulidad en los términos del artículo 137 del CPACA.

3.2. LA CONTRALORÍA INCURRIÓ EN FALSA MOTIVACIÓN – NO SE ACREDITÓ LA CULPA GRAVE DE FERNANDO FLOREZ ESPINOSA Y MIGUEL ANGEL MOLINA MUÑOZ EN EL TRÁMITE ADMINISTRATIVO.

La Contraloría delegada Intersectorial No. 15 incurrió en el vicio de nulidad relacionado con la falsa motivación, como quiera que, al expedir el Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 2145 del 29 de noviembre de 2024, omitió argumentar y acreditar probatoriamente que en efecto los funcionarios FERNANDO FLOREZ ESPINOSA y MIGUEL ANGEL MOLINA MUÑOZ incurrieron en culpa grave, toda vez que de conformidad con lo acreditado en el plenario, la conducta de tales funcionarios a lo sumo puede calificarse como culpa leve o levísima, con lo cual no habría lugar a la declaratoria de responsabilidad fiscal en su contra, lo que de suyo conlleva la falta de amparo de las pólizas 600-64-994000002920, y N°021715582/0.

Es de suma importancia ponerle de presente al Despacho que, en cuanto la conducta dolosa o culposa atribuible a los gestores fiscales, el grado del elemento culpa no puede ser uno distinto del dolo o de la **culpa grave**. Es decir, para que en un caso se encuentre plenamente acreditado el primero de los elementos de la responsabilidad fiscal, no es suficiente probar la existencia de culpa leve o levísima en el patrón de conducta del gestor, sino que dicho patrón constituya una actuación dolosa o **gravemente** culposa.

Lo anterior, ha sido explicado puntualmente por la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad C-619 de 2002, que declaró inexecutable específicamente el párrafo segundo del artículo 4 de la Ley 610 de 2000, que fijaba a la culpa leve como requisito de configuración del

primer elemento de la responsabilidad. En efecto, el tenor literal de la providencia de la Corte Constitucional que explica que el grado de culpa en la responsabilidad fiscal es únicamente aquél que demuestre una conducta dolosa o gravemente culposa, es el siguiente:

"6.4. Pero no sólo eso. El Legislador también está limitado por la manera como la Carta ha determinado la naturaleza de la responsabilidad patrimonial de los agentes estatales en otros supuestos. Eso es así, si se repara en el hecho de que la ley no puede concebir un sistema de responsabilidad, como lo es el fiscal, rompiendo la relación de equilibrio que debe existir con aquellos regímenes de responsabilidad cuyos elementos axiológicos han sido señalados y descritos por el constituyente, para el caso, en el inciso 2° del artículo 90 de la Carta. Ello, en el entendido que, según lo dijo la Corte en la citada Sentencia SU-620 de 1996 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), la responsabilidad fiscal es tan sólo una "especie de la responsabilidad que en general se puede exigir a los servidores públicos o a quienes desempeñen funciones públicas, por los actos que lesionan el servicio o el patrimonio público."

6.5. Y es precisamente en ese punto en donde resalta la contrariedad de las expresiones acusadas con el Texto Superior, toda vez que ellas establecen un régimen para la responsabilidad fiscal mucho más estricto que el configurado por el constituyente para la responsabilidad patrimonial que se efectiviza a través de la acción de repetición (C.P. art. 90-2), pues en tanto que esta última remite al dolo o a la culpa grave del actor, en aquella el legislador desborda ese ámbito de responsabilidad y remite a la culpa leve. Así, mientras un agente estatal que no cumple gestión fiscal tiene la garantía y el convencimiento invencible de que su conducta leve o levisima nunca le generará responsabilidad patrimonial, en tanto ella por expresa disposición constitucional se limita sólo a los supuestos de dolo o culpa grave, el agente estatal que ha sido declarado responsable fiscalmente, de acuerdo con los apartes de las disposiciones demandadas, sabe que puede ser objeto de imputación no sólo por dolo o culpa grave, como en el caso de aquellos, sino también por culpa leve.

6.6. Para la Corte, ese tratamiento vulnera el artículo 13 de la Carta pues configura un régimen de responsabilidad patrimonial en el ámbito fiscal que parte de un fundamento diferente y mucho más gravoso que el previsto por el constituyente para la responsabilidad patrimonial que se efectiviza a través de la acción de repetición. Esos dos regímenes de responsabilidad deben partir de un fundamento de imputación proporcional pues, al fin de cuentas, de lo que se trata es de resarcir el daño causado al Estado. En el caso de la responsabilidad patrimonial, a través de la producción de un daño antijurídico que la persona no estaba en la obligación de soportar y que generó una condena contra él, y, en el caso de la responsabilidad fiscal, como consecuencia del irregular desenvolvimiento de la gestión fiscal que se tenía a cargo.

(...)

6.10. En relación con esto último, valga destacar que la Corte, primero en la Sentencia C-046 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y luego en la Sentencia T-973 de 1999 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), advirtiendo el vacío legislativo dejado por la Ley 42 de 1993 -relativa a la organización del sistema de control fiscal financiero-, ya se había ocupado de reconocer el alto grado de afinidad temática existente entre la responsabilidad patrimonial y la responsabilidad fiscal, al establecer que a esta última le era aplicable el mismo término de caducidad fijado por el Código Contencioso Administrativo para la acción de reparación directa (C.C.A. art. 136-78). En efecto, recogiendo el criterio sentado en la providencia inicialmente citada, dijo la Corporación en la Sentencia T973 de 1999, lo siguiente:

"El código contencioso administrativo establece en su artículo 136, subrogado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998, los términos de caducidad de las acciones, que para el caso de la acción de reparación directa, se fija en dos años contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa. Y es este mismo término el que, por la remisión expresa que hace el artículo 89 de la ley 42 de 1993 a las normas del código contencioso administrativo, y dada la concordancia y afinidad que tiene con la acción de reparación directa, se aplica para el proceso de responsabilidad fiscal".

6.11. En consecuencia, queda pues superada aquella percepción equivocada, de que el daño patrimonial que le pueden causar al Estado los agentes que no cumplen función fiscal tiene tal grado de diferenciación con el perjuicio que le pueden causar los fiscalmente responsables, que justifica o admite respecto de los segundos un tratamiento de imputación mayor. **Por el contrario, visto el problema desde una óptica estrictamente constitucional, lo que se advierte es que la diferencia de trato que plantean las normas acusadas resulta altamente discriminatoria, en cuanto aquella se aplica a sujetos y tipos de responsabilidad que, por sus características y fines políticos, se encuentran en un mismo plano de igualdad material. En esta medida, el grado de culpa leve a que hacen referencia expresa los artículos 4° parágrafo 2° y 53 de la Ley 610 de 2000 es inconstitucional y será declarado inexecutable en la parte resolutive de esta Sentencia.**⁸ (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

En otras palabras, la Corte Constitucional fue completamente clara en su sentencia al establecer que el primero de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal única y exclusivamente se cumplirá en el evento que el patrón de conducta del gestor fiscal sea aquél que se enmarque en el dolo o de la culpa grave.

Lo anterior, a su vez genera indefectiblemente que para que pueda predicarse la responsabilidad fiscal respecto de determinada persona, es necesario demostrar que su actuación fue realizada de forma gravemente culposa o indiscutiblemente dolosa. Por supuesto, este planteamiento correlativamente impide declarar la responsabilidad fiscal en aquellos eventos en los cuales la actuación del gestor fiscal se enmarque únicamente dentro de la culpa leve o levísima.

Así entonces, la motivación del acto administrativo que declare la responsabilidad fiscal de algún administrado debe ser suficiente para efectivamente evidenciar que el actuar de la persona efectivamente se puede calificar como culpa grave o cuando menos debe explicar por qué aplica en el caso concreto la presunción de culpa grave que se encuentra en el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011.

Sin embargo, en el asunto particular, la Contraloría delegada Intersectorial No. 15 no acreditó ni argumentó en el acto administrativo atacado que FERNANDO FLOREZ ESPINOSA en su condición de alcalde de Tunja en el periodo del 1 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2015 y MIGUEL ANGEL MOLINA MUÑOZ en condición de director técnico de ECOVIVIENDA y supervisor del contrato de interventoría No. 030 de 200 para la época 3 de febrero de 2015 al 30 de abril de 2017,

⁸ Corte Constitucional, C-619-2002, MP. Rodrigo Escobar Gil y Jaime Córdoba Triviño

hubieran desplegado un patrón de conducta que se pueda enmarcar en la culpa grave.

En este sentido, para evidenciar la falsa motivación en la que incurrió el ente de control, se debe iniciar abordando el concepto de culpa grave, el cual se encuentra definido en el artículo 63 del Código Civil en los siguientes términos:

“ARTICULO 63. <CULPA Y DOLO>. La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, **es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios**. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Frente al particular, la Corte Suprema de justicia definió el concepto de culpa grave tal y como se evidencia a continuación:

“Con esa orientación es que autorizados doctrinantes han precisado que la culpa grave comporta **‘una negligencia, imprudencia o impericia extremas, no prever o comprender lo que todos prevén o comprenden, omitir los cuidados más elementales, descuidar la diligencia más pueril, ignorar los conocimientos más comunes’** (Mosset Iturraspe J., Responsabilidad por daños, T. I., Ediar, Buenos Aires, 1971, pág.89; citado por Stiglitz Rubén S., Derecho de Seguros, T.I., Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998, pág.228).”⁹ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

En resumen, la culpa grave es un concepto jurídico que puede identificarse con todos aquellos comportamientos supremamente negligentes que son llevados a cabo por parte de las personas más descuidadas.

En otras palabras, para endilgarle responsabilidad fiscal a las personas previamente identificadas, resulta indispensable que, utilizando los elementos probatorios conducentes, pertinentes y útiles, se acredite indefectiblemente un patrón de conducta supremamente negligente que se asimile al de las personas más descuidadas, y que, de cara a la validez y legalidad del acto administrativo, esta acreditación se explique en la motivación del fallo con responsabilidad fiscal. Sin embargo, ello no ocurrió conforme pasa a explicarse.

En primer lugar, respecto del señor FERNANDO FLOREZ ESPINOSA identificado con cédula de ciudadanía No. 4.190.552 de Paipa, en su calidad de alcalde del municipio de Tunja durante el periodo 1 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2015, debe mencionarse que a juicio de la Contraloría la culpa grave en este caso se encuentra configurada por cuanto el mencionado funcionario omitió el cumplimiento de las funciones tanto constitucionales como legales atribuidas a un representante legal del nivel territorial, en este caso del orden municipal, las cuales según el ente de control, son de tal magnitud, que el Alcalde básicamente se convierte en el garante frente

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de julio de 2014. MP. Ruth Marina Diaz Rueda. Exp. 11001-3103015-2008-00102-01

a sus asociados del progreso y desarrollo municipal, toda vez que el mismo goza de facultades para lograr los cometidos estatales.

Sin embargo, no se menciona cuál o cuáles funciones son las que supuestamente incumplió el funcionario en su calidad de alcalde, como quiera que desde el folio 478 del fallo no se encuentra un listado específico de obligaciones cuyo cumplimiento estuviera a cargo del señor FLOREZ ESPINOSA y que este hubiere omitido, así mismo tampoco se enunció ni acreditó que hubiere concurrido alguna de las eventualidades descritas por el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011 respecto de la posibilidad, excepcional, de la presunción de culpa grave.

Es importante en este punto señalar que la carga argumentativa que ahora se exige se encontraba por completo a cargo de la Contraloría, quien debió explicar de forma expresa en el acto administrativo por qué la conducta se califica como culpa grave o cuando menos por qué se presume ese grado de culpabilidad, pues no es aceptable a la luz del debido proceso señalar obligaciones genéricas como su posición de garante frente a sus asociados del progreso y desarrollo municipal, para imputar responsabilidad fiscal, puesto que por esa vía bien podría señalarse que cualquier clase de detrimento que ocurra en el municipio es responsabilidad a título de culpa grave del alcalde, lo cual resulta inconcebible.

Adicionalmente, es claro que se acreditó probatoriamente que el señor FERNANDO FLOREZ ESPINOSA no conocía las deficiencias estructurales o incumplimiento de normas de sismo-resistencia por parte del constructor, como quiera que este no fue un tema informado en las juntas directivas, como tampoco se llegó a trasladar esta información en los informes solicitados a ECOVIVIENDA, informes con los que vale la pena aclarar, el mencionado funcionario agotó su deber de diligencia y vigilancia, pues no tenía él por qué ordenar informes técnicos adicionales cuando no tenía la forma de advertir las vicisitudes de la obra, exigir esto sería tanto como calificar el grado de culpabilidad que se requiere para fallar con responsabilidad fiscal, haciendo entonces responsable al funcionario por culpa leve o levísima, situación que se encuentra proscrita en el escenario frente al cual ahora nos hallamos.

Así entonces, la Contraloría le reprocha al funcionario el haber permitido que durante su administración se siguieran realizando pagos al constructor sin verificar el estado de las obras, lo cual es falso, como quiera que el estado de las obras fue verificado por el señor alcalde mediante los informes solicitados a los gerentes de ECOVIVIENDA, como se mencionó, exigir que el funcionario suscribiera contratos adicionales para saber el estado de la obra, pese a que ECOVIVIENDA ya lo estaba certificando, es tanto como pretender que la responsabilidad fiscal del funcionario se configure a título de culpa leve o levísima.

Así entonces como quiera que los pagos siempre se antecedieron de los informes de avance de ECOVIVIENDA los cuales en ningún momento alertaron respecto de deficiencias constructivas o de sismo-resistencia, no se puede calificar el proceder del señor FERNANDO FLOREZ ESPINOSA como negligente o excesivamente descuidado, más cuando la misma Contraloría señala que el funcionario aprobó la suscripción de convenios y contratos para saber el estado de las obras entre el 2012 y 2015, así:

Frente a lo anterior, se reitera que al señor **FLOREZ ESPINOSA**, lo que se le imputó, es que permitió durante su administración que se realizaran pagos al inversionista constructor, **sin realizar ninguna gestión tendiente a verificar el estado de las obras, y sin requerir a ECOVIVIENDA**, a través de su representante legal, para que también cumpliera con su función de verificar el estado integral del proyecto para tomar acciones de mejora y corrección y evitar de esta manera que se continuara construyendo con deficiencias constructivas y falta de calidad, proceder que si se reporta respecto del señor alcalde para el periodo 2012-2015, quien dada su investidura y los problemas presentados en dicho proyecto aprobó la suscripción de los convenios y contratos para efectos de saber el estado de las obras.

Así las cosas, en ningún escenario la conducta de esta persona puede ser catalogada como una actuación negligente que se asimile al de las personas más descuidadas (gravemente culposa), máxime si tiene en consideración que diversos funcionarios fueron incapaces de advertir las inconsistencias y defectos constructivos.

En ese orden de cosas resulta claro que en relación con la calificación de la conducta del señor FERNANDO FLOREZ ESPINOSA, incurrió la Contraloría en un vicio de nulidad por falsa motivación, como quiera que no lograrse acreditar que en efecto la conducta se hubiera enmarcado en la culpa grave.

Lo anterior, a su vez impacta claramente la afectación de la póliza 021715582/0 otorgada en coaseguro por mi prohijada, toda vez que al no haberse acreditado la culpa grave del único amparado declarado como responsable fiscal, tampoco es procedente afectar el mencionado negocio asegurativo por sustracción de materia, siendo entonces que al no acreditarse el grado de culpabilidad necesario para la condena fiscal del amparado y determinar la afectación de la póliza mencionada, también se incurrió por esta vía en una falsa motivación del acto administrativo.

Ahora, en lo atinente al señor MIGUEL ANGEL MOLINA MUÑOZ en condición de director técnico de ECOVIVIENDA y supervisor del contrato de interventoría No. 030 de 200 para la época 3 de febrero de 2015 al 30 de abril de 2017, se imputa a título de culpa grave las siguientes omisiones : i) omisión de exigir el cumplimiento de los plazos estipulados en el Unión Temporal Torres del Parque, ii) omisión de controlar los pagos al constructor, debido a que no concuerda con lo ejecutado en el proyecto iii) omisión de verificar de manera eficiente que el constructor cumpliera

con las especificaciones técnicas y de calidad con el objeto de la Unión Temporal vi) omisión de velar por que se mantenga el equilibrio contractual.

En atención a las supuestas omisiones que injustamente se endilgan al funcionario es importante señalar que ninguna de ellas se relacionó de forma puntual con una obligación clara que se encontrara contractual o reglamentariamente a cargo del señor MIGUEL ANGEL MOLINA MUÑOZ y no es aceptable a la luz de las garantías constitucionales del debido proceso del administrado que la calificación de la conducta se fundamente en el supuesto incumplimiento de funciones genéricas y abstractas que no encuentran fundamento contractual o reglamentario alguno.

Así mismo, debe mencionarse que el contrato de interventoría en cuestión fue suscrito el 20 de diciembre de 2010 y contó con un plazo de dos años, por lo que cuando se nombró al mencionado funcionario como supervisor del contrato de interventoría, el vínculo ya había sido objeto de tres adiciones, siendo que en todo caso no es dable señalar que con ocasión de su gestión el plazo no se hubiera cumplido o el equilibrio contractual se hubiera roto, pues estas situaciones ocurrieron incluso antes de que se hubiera nombrado al señor MOLINA MUÑOZ como supervisor del contrato de interventoría, situación que se encuentra claramente acreditada en el expediente administrativo.

Así mismo, se le imputan al mencionado funcionario también a título de culpa grave las siguientes acciones: i) Certificar de manera equívoca que los apartamentos entregados a los beneficiarios cumplían a cabalidad con las normas técnicas. NSR 10. ii) Proyectar las adiciones y modificaciones de la Unión Temporal Torres del Parque y el contrato de consultoría, pese a los problemas presentados con el consorcio constructor. iii) Dar por cierto lo expuesto en los informes de interventoría, cuando la misma no cumplía con las calidades de los materiales y los procedimientos técnicos sobre la materia.

En este punto, es menester señalar que la certificación respecto del cumplimiento de las normas técnicas por parte de los apartamentos entregados, partió de los informes de interventoría, los cuales se daban por ciertos en virtud del principio constitucional de buena fe, sin que sea obligación de la supervisión volver a realizar los informes, pues aceptar esto sería tanto como exigirle que su conducta se enmarque dentro de la suma diligencia que caracteriza regímenes de culpabilidad como la culpa leve o levísima, así mismo la proyección de las prórrogas y adiciones obedeció a la evaluación de la necesidad de terminar el proyecto, lo cual era justamente el objeto de su gestión y no puede señalarse como un incumplimiento obligacional de su parte.

En relación con las acciones y omisiones antes señaladas es menester resaltar que, como ya se señaló, tampoco indicó la Contraloría cuál o cuáles eran las obligaciones contractuales o reglamentarias supuestamente transgredidas por parte del señor MIGUEL ANGEL MOLINA MUÑOZ, lo que de suyo implica una carencia argumentativa en el acto administrativo.

Así mismo es importante señalar que durante el período en el cual el señor MIGUEL ANGEL MOLINA MUÑOZ fungió como director técnico de ECOVIVIENDA y supervisor del contrato de interventoría No. 030 de 200, esto es, entre el 2015 al 2017, ocurrieron algunos sucesos que demuestran la diligencia y cuidado con que actuó el funcionario y evidencian que este no procedió de forma negligente sino que incluso durante su gestión se expidieron actos administrativos que declararon situaciones contractuales que acontecieron por fuera de su período como director técnico y supervisor, pero que en gran medida se pudieron conjurar gracias a la promulgación de los mismos.

En ese orden de cosas, podemos señalar que, durante esa época y gracias en parte a la gestión del mencionado funcionario se expidió la Resolución No. 092 del 29 de julio de 2016, acto administrativo mediante el cual se suspendió de manera unilateral del negocio jurídico denominado Unión Temporal TORRES DEL PARQUE, teniendo en cuenta que vencía el 30 de julio de 2016 y se consideró prudente la suspensión al 31 de agosto de 2016 y no la terminación de la misma, hasta tanto el constructor de la obra, no definiera los problemas técnicos, administrativos, financieros y jurídicos que presentaba el proyecto de urbanización.

Así las cosas, en ningún escenario la conducta de esta persona puede ser catalogada como una actuación negligente que se asimile al de las personas más descuidadas (gravemente culposa), máxime si tiene en consideración que fue durante su supervisión cuando se expidieron los actos administrativos que evidenciaron la situación de incumplimiento del constructor.

En ese orden de cosas resulta claro que en relación con la calificación de la conducta del señor MIGUEL ANGEL MOLINA MUÑOZ, incurrió la Contraloría en un vicio de nulidad por falsa motivación, como quiera que no logró acreditar que en efecto la conducta se hubiera enmarcado en la culpa grave.

Lo anterior, a su vez impacta claramente la afectación de la póliza 600-64-994000002920 otorgada por mi prohijada, toda vez que al no haberse acreditado la culpa grave del único amparado declarado como responsable fiscal, tampoco es procedente afectar el mencionado negocio asegurativo por sustracción de materia, siendo entonces que al no acreditarse el grado de culpabilidad necesario para la condena fiscal del amparado y determinar la afectación de la póliza mencionada, también se incurrió por esta vía en una falsa motivación del acto administrativo.

Frente a lo mencionado en precedencia, ha de decirse que no se derrotó en el proceso la presunción de inocencia que cobija a los funcionarios implicados, como quiera que no hay prueba de esos elementos subjetivos pero esenciales para la posibilidad de que surja una responsabilidad fiscal. Lo mismo ocurre con las causales que presuponen un actuar culposo, pues lo cierto es que en ninguna de ellas se enmarca lo ocurrido en el *sub judice* respecto de los mencionados funcionarios.

Sin embargo, si se llegase a considerar que su actuación contiene elementos subjetivos que comportan la culpa, resulta fundamental que tenga en cuenta, que aún en ese improbable evento, dicho elemento de ninguna forma puede ser catalogado como gravemente culposo, pues no se acreditó y tampoco se cumplió con la carga argumentativa que recaía sobre la Contraloría en el fallo. En consecuencia, al faltar el elemento de la culpa grave en el patrón de conducta de los mencionados implicados, es jurídicamente improcedente una declaratoria de responsabilidad fiscal de esta naturaleza, motivo por el cual deberá revocarse la decisión y fallarse sin responsabilidad fiscal.

En conclusión, como quiera que no se logró acreditar que el actuar de FERNANDO FLOREZ ESPINOSA y MIGUEL ANGEL MOLINA MUÑOZ se enmarcara en la culpa grave, el acto administrativo se encuentra falsamente motivado y, por tanto, debe ser revocado.

3.3. LA CONTRALORÍA INCURRIÓ EN FALSA MOTIVACIÓN – EN RELACIÓN CON EL DEDUCIBLE DE LA PÓLIZA N°600-64-994000002920.

La Contraloría delegada Intersectorial No. 15 incurrió en el vicio de nulidad relacionado con la falsa motivación, como quiera que, al expedir el Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 2145 del 29 de noviembre de 2024, señaló que la póliza No. 600-64-994000002920 tenía un saldo no afectado de \$14.760.000, sin tomar en consideración que a dicho monto es necesario sustraerle el valor del deducible pactado en el negocio asegurativo.

En este orden de ideas, resulta de suma importancia que la Honorable Contraloría tome en consideración que, tanto la definición del deducible como su forma de aplicación, ha sido ampliamente desarrollada por la Superintendencia Financiera de Colombia en distintos conceptos, como el que se expone a continuación:

“Una de tales modalidades, **la denominada deducible, se traduce en la suma que el asegurador descuenta indefectiblemente del importe de la indemnización, de tal suerte que en el evento de ocurrencia del siniestro no indemniza el valor total de la pérdida**, sino a partir de un determinado monto o de una proporción de la suma asegurada, con el objeto de dejar una parte del valor del siniestro a cargo del asegurado. El deducible, que puede consistir en una suma fija, en un porcentaje o en una combinación de ambos, se estipula con el propósito de concientizar al asegurado de la vigilancia y buen manejo del bien o riesgo asegurado.

En este orden de ideas, correspondería a las partes en el contrato de seguro determinar el porcentaje de la pérdida que sería asumido por el asegurado a título de deducible, condición que se enmarcaría dentro de las señaladas por el numeral 11 del artículo 1047 del Código de Comercio al referirse a “Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes”¹⁰. (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

Para el caso concreto, en la póliza No. 600-64-994000002920, se pactó un deducible del 10%

¹⁰ Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2016118318-001 del 29 de noviembre de 2016. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL, DEDUCIBLE.

del valor de la pérdida, mínimo 1 SMLMV, así:

DEDUCIBLES: 10.00 % DEL VALOR DE LA PERDIDA - Mínimo: 1.00 SMLV en DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA/FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL/RENDICION DE CUENTAS/RECONSTRUCCION DE CUENTAS

Pese a lo anterior, la Contraloría determinó que el saldo no afectado del negocio asegurativo es el siguiente:

Sin embargo, de conformidad con los valores amparados por las seis (06) pólizas, a la fecha cuentan disponibilidad para atender nuevos siniestros en la presente actuación.

POLIZA	Valor asegurado	VALOR siniestrado	Saldo NO afectado
600-64-994000002920	\$20.000.000	\$5.240.000	\$14.760.000
600-87-994000000029	\$700.000.000	\$672.625.500	\$27.374.500
21960729	\$600.000.000	\$237.600.000	\$362.400.000
2171558	\$600.000.000	\$118.800.000	481.200.000
Total		\$1.034.265.500	\$885.734.500

*Cuadro elaborado por el despacho.

En ese orden de ideas, si bien las pólizas fueron objeto de afectación por otro proceso de naturaleza fiscal, lo cierto es que, las cuatro expuestas en el cuadro anterior, dan a entender que a la fecha cuenta con disponibilidad del valor asegurado, por lo que no es viable desvincularlas, a menor de que se emita fallo sin responsabilidad a favor de los investigados amparados por las pólizas. Como se analizará más adelante teniendo en cuenta que la defensa se pronuncia frente a cada una.

Como se evidencia, no tomó en consideración la Contraloría que, a dicho saldo disponible, debe restársele el deducible pactado en el negocio asegurativo; Como quiera que no tuvo en consideración lo antes dicho la Contraloría, el fallo con responsabilidad fiscal debe ser revocado o cuando menos modificado, pues al no incluir expresamente el deducible que debe sustraérsele al amparo, el acto administrativo se encuentra deficientemente motivado y desconoce las condiciones pactadas en el contrato de seguro.

3.4. LA CONTRALORÍA INCURRIÓ EN FALSA MOTIVACIÓN – EN RELACIÓN CON LA IMPROCEDENCIA DE AFECTABILIDAD DE LA PÓLIZA N°600-64-994000002920.

La Contraloría delegada Intersectorial No. 15 incurrió en el vicio de nulidad relacionado con la falsa motivación, como quiera que, al expedir el Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 2145 del 29 de noviembre de 2024, ignoró que como quiera que el siniestro empezó antes de la vigencia de la póliza No. 600-64-994000002920, la misma no se puede afectar por los hechos objeto del trámite administrativo que ahora nos atañe, con lo cual no solo incurrió en un desconocimiento de las condiciones del contrato de seguros sino que también en la infracción a las normas que regulan dicho negocio jurídico en el ordenamiento vigente.

En primer lugar, debe señalarse que de conformidad con el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, los hechos fiscales pueden ser instantáneos o complejos; Los instantáneos son aquellos cuya ocurrencia tiene lugar en un solo acto, mientras que, en los complejos, también llamados de tracto sucesivo el hecho sucede en varios espacios temporales prologados durante un lapso específico de tiempo, así el artículo mencionado indica:

*ARTÍCULO 9o. CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN. La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. **Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto.***

La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare.

El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública.

Es decir, a la luz de la Ley 610 de 2000, los actos complejos o de tracto sucesivo, **son uno solo**, por lo que los conteos de caducidad y prescripción de estos ocurren una vez se ejecuta el último de tales hechos, siendo indivisibles los mismos, así lo reconoció el órgano juzgador en el *sub lite*, como quiera que al despachar desfavorablemente los argumentos de mi prohijada en torno a la naturaleza de hecho instantáneo de los hechos, claramente señaló que en el presente nos encontramos frente a actos de tracto sucesivo.

Así las cosas, resulta claro que para la Ley 610 de 2000, los actos de tracto sucesivo son un solo hecho pese a que se perpetúe en el tiempo y, este entendimiento además de los fenómenos de prescripción y caducidad afecta también la exigibilidad de las pólizas de seguro, pues al tratarse de solo un siniestro, es improcedente afectar más de una vigencia y más de un negocio asegurativo, como se pasa a explicar.

En primer lugar, es importante traer a colación el artículo 1072 del Código de Comercio, el cual define el siniestro como “*la realización del riesgo asegurado*”, siendo que de conformidad con el proceso de responsabilidad fiscal que ahora nos convoca, uno de los riesgos asegurados mediante las Póliza de Manejo Global Entidades Estatales No. 600 64 994000002920, es “**FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL**”.

Ahora, el siniestro en el caso concreto, de conformidad con el artículo 9 de la Ley 610 de 2000 y según lo aceptó la misma Contraloría, fue solo uno, pese a que el mismo se haya presentado de manera continua durante el lapso comprendido entre el 2010 al 2016.

En este punto y de cara a la precisión de la afectabilidad de la póliza de Manejo Global Entidades Estatales No. 600 64 994000002920, es importante mencionar que el artículo 1073 del Código de Comercio estableció lo siguiente:

Artículo 1073. Responsabilidad del asegurador según el inicio del siniestro. Si el siniestro, iniciado antes y continuado después de vencido el término del seguro, consume la pérdida o deterioro de la cosa asegurada, el asegurador responde del valor de la indemnización en los términos del contrato.

Pero si se inicia antes y continúa después que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador, éste no será responsable por el siniestro.

De acuerdo con lo anterior, el legislador sólo concede el derecho a la indemnización a cargo del asegurador, cuando el riesgo se realiza o inicia su realización dentro del periodo amparado por la respectiva póliza vigente al momento en la que ocurrió el siniestro, sin embargo, se itera, para el caso concreto, según el análisis previo, el hecho o siniestro fue uno solo, pese haberse desarrollado del 2010 al 2016.

Ahora teniendo claridad sobre lo anterior, es menester indicar a la Contraloría que no es procedente a la luz del Código de Comercio en concordancia con la Ley 610 de 2000, afectar varias pólizas con vigencias diferentes por el acaecimiento de un solo siniestro, pues en gracia de discusión, de confirmarse la responsabilidad de los investigados, solo sería afectable una de las pólizas, teniendo en consideración no sólo el artículo 1073 del Código de Comercio, sino también, que el mencionado negocio asegurativo, protocolizado mediante la póliza de Manejo Global Entidades Estatales No. 600 64 994000002920, se pactó bajo la modalidad de “ocurrencia”.

En conclusión, la Contraloría erró al determinar la afectación de la póliza de Manejo Global Entidades Estatales No. 600 64 994000002920, por cuanto al tratarse de un solo hecho complejo o de tracto sucesivo, a la luz del artículo 1073 del Código de Comercio, es improcedente afectar la póliza mencionada al haberse iniciado el siniestro antes y continuado el mismo después que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador.

Por lo anterior, la Contraloría incurrió en un yerro que generó la nulidad del fallo con responsabilidad fiscal, por lo cual el mismo debe ser revocado.

3.5. LA CONTRALORÍA INCURRIÓ EN FALSA MOTIVACIÓN – AGOTAMIENTO DEL VALOR ASEGURADO EN LA PÓLIZA NO. 21715582/0.

La Contraloría delegada Intersectorial No. 15 incurrió en el vicio de nulidad relacionado con la falsa motivación, como quiera que, al expedir el Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 2145 del 29 de noviembre de 2024, ignoró que se encuentra acreditado en el expediente que el agotamiento del valor asegurado en la póliza 21715582/0, es superior a lo determinado en el acto administrativo

mencionado.

En este punto es importante señalar que, si bien la Contraloría acepta que conforme a lo dispuesto en el artículo 1111 del Código de Comercio, el valor asegurado de una póliza se reduce conforme a los siniestros presentados y a los pagos realizados por la Aseguradora y que por tanto, a medida que se presenten más reclamaciones por personas con igual o mayor derecho y respecto a los mismo hechos, dicho valor se disminuirá en esos importes dicho valor se disminuirá en esos importes, no realizó un adecuado conteo de los montos a deducir por indemnizaciones ya pagadas en relación con la póliza No. 21715582/0.

Al respecto es importante señalar que la póliza No. 21715582/0 consta de un valor asegurado total de \$600.000.000 para el amparo de JUICIOS CONTRA LA RESPONSABILIDAD FISCAL, como consta a continuación:

Coberturas y Límites		
Cobertura	Vr. Asegurado	Prima
AMPARO BÁSICO	600.000.000,00	8.955.224,00
PERDIDAS ORIGINADAS POR PERSONAL TEMPORAL	600.000.000,00	0,00
PERDIDAS ORIGINADAS POR PERSONAL DE FIRMAS ESPECIALIZADAS	600.000.000,00	0,00
		11
PROTECCIÓN DE DEPÓSITOS BANCARIOS	600.000.000,00	0,00
PECULADO (DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA)	600.000.000,00	0,00
ALCANCES FISCALES	600.000.000,00	0,00
GASTOS DE RECONSTRUCCIÓN DE CUENTAS	600.000.000,00	0,00
GASTOS PARA LA RENDICIÓN DE CUENTAS	600.000.000,00	0,00
JUICIOS CONTRA LA RESPONSABILIDAD FISCAL	600.000.000,00	0,00
PÉRDIDAS CAUSADAS POR EMPLEADOS NO IDENTIFICADOS (ESTATAL)	600.000.000,00	0,00

Así mismo, dicha póliza fue tomada en coaseguro, con una distribución del riesgo así:

Coaseguro

Código	Tipo	Nombre de la Compañía	Líder	% de Participación	Prima
1003	CEDIDO	ALLIANZ SEGUROS S.A.	X	60,00	5.917.808,40
1088	CEDIDO	ASEGURADORA SOLIDARIA		40,00	3.945.205,60

Ahora, teniendo en consideración que la participación de mi prohijada en el mencionado negocio asegurativo corresponde al 40%, esto nos indica que el valor asegurado por la misma corresponde a \$240.000.000.

De esos \$240.000.000, ya se han pagado \$118.800.000 el 08 de mayo de 2023, y \$300.000 el 22 de noviembre de 2017, sin embargo, en el Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 2145 del 29 de noviembre de 2024, la Contraloría indicó que el único pago que se había realizado era por \$118.800.000, así:

La defensa en escrito posterior a la imputación que el valor afectado de la póliza es:

POLIZA	VALOR
2171558	\$118.800.000

*Cuadro elaborado por el despacho.

ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA
ENTIDAD COOPERATIVA

NIT 860.524.654-6

CERTIFICA QUE

La Póliza de Manejo No. 21715582, cuyo tomador, asegurado y beneficiario es el **MUNICIPIO DE TUNJA**, identificado con NIT 891.800.846-1, vigencia del 28 de febrero de 2015 hasta el 05 de abril de 2016, prorrogada hasta el 05 de agosto de 2016, cuyo valor asegurado es de \$800.000.000, Deducible 1%, Coaseguro Allianz 60% Aseguradora Solidaria de Colombia 40% (\$240.000.000), póliza que a la fecha de firma de la presente certificación tiene los siguientes siniestros:

Fecha de Aviso	Ejercicio	Nro Siniestro	Rva. Inicial	Monto Pagado	Reserva	Total Siniestro
22/11/2017	2017	3184	300.000,00	300.000,00	0	
29/10/2018	2018	3197	109.376,00	0	109.376,00	109.376,00
29/10/2018	2018	3198	551.413,70	0	551.413,70	551.413,70
07/12/2018	2018	3200	143.678,00	0	143.678,00	143.678,00
27/05/2019	2019	3241	3.331.908,00	0	28.647,34	3.360.555,34
13/11/2020	2020	3273	3.000.000,00	0	3.000.000,00	3.000.000,00
31/01/2022	2022	3364	994.000,00	0	994.000,00	994.000,00
21/11/2022	2022	3396	5.500.000,00	0	5.500.000,00	5.500.000,00
15/03/2023	2023	3404	72.000.000,00	0	72.000.000,00	72.000.000,00
25/04/2023	2023	3407	1.000.000,00	0	0	0
08/05/2023	2023	3409	120.000.000,00	118.800.000,00	0	118.800.000,00
09/06/2023	2023	3419	17.034.002,00	0	17.034.002,00	17.034.002,00

Valor afectado:
\$118.800.000

910
PRIN

DIGITAL/CUADERNOS
71 • PBX 5187000
Colombia

Sin embargo, en el mismo certificado de siniestralidad aportado y del cual tomó la Contraloría la captura de pantalla anterior, se evidencia lo siguiente:

Adicionalmente, se realizó pago interno de un siniestro por un valor de TRESCIENTOS MIL PESOS (\$300.000) a favor de Allianz Seguros, en calidad de aseguradora líder.

Así entonces, es claro que los pagos realizados por concepto del negocio asegurativo antes señalado ascienden a la suma de \$119.100.000, siendo entonces que el valor asegurado disponible a la fecha es de \$120.900.000.

Por lo anterior, y, en consecuencia, al haberse agotado la suma disponible asegurada, es evidente la imposibilidad de afectar nuevamente la póliza objeto de discusión por la suma total, ello, en atención a lo establecido en el artículo 1111 del código de comercio, motivo por lo cual solo se podrá afectar por la suma de \$120.900.000. Sin embargo, como quiera que la Contraloría no estaba contando el segundo pago por concepto de \$300.000, es claro que el acto administrativo adolece de falsa motivación, situación por la cual debe revocarse de inmediato.

3.6. LA CONTRALORÍA INCURRIÓ EN FALSA MOTIVACIÓN – EN RELACIÓN CON LA IMPROCEDENCIA DE AFECTABILIDAD DE LA PÓLIZA N°21715582/0.

La Contraloría delegada Intersectorial No. 15 incurrió en el vicio de nulidad relacionado con la falsa motivación, como quiera que, al expedir el Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 2145 del 29 de noviembre de 2024, ignoró que como quiera que el siniestro empezó antes de la vigencia de la póliza No. 21715582/0, la misma no se puede afectar por los hechos objeto del trámite administrativo que ahora nos atañe, con lo cual no solo incurrió en un desconocimiento de las condiciones del contrato de seguros sino que también en la infracción a las normas que regulan dicho negocio jurídico en el ordenamiento vigente.

En primer lugar debe señalarse que de conformidad con el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, los hechos fiscales pueden ser instantáneos o complejos; Los instantáneos son aquellos cuya ocurrencia tiene lugar en un solo acto, mientras que, en los complejos, también llamados de tracto sucesivo el hecho sucede en varios espacios temporales prologados durante un lapso específico de tiempo, así el artículo mencionado indica:

ARTÍCULO 9o. CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN. La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. **Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto.**

La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare.

El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso

penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública.

Es decir, a la luz de la Ley 610 de 2000, los actos complejos o de tracto sucesivo, **son uno solo**, por lo que los conteos de caducidad y prescripción de estos ocurren una vez se ejecuta el último de tales hechos, siendo indivisibles los mismos, así lo reconoció el órgano juzgador en el *sub lite*, como quiera que al despachar desfavorablemente los argumentos de mi prohijada en torno a la naturaleza de hecho instantáneo de los hechos, claramente señaló que en el presente nos encontramos frente a actos de tracto sucesivo.

Así las cosas, resulta claro que para la Ley 610 de 2000, los actos de tracto sucesivo son un solo hecho pese a que se perpetúe en el tiempo y, este entendimiento además de los fenómenos de prescripción y caducidad afecta también la exigibilidad de las pólizas de seguro, pues al tratarse de solo un siniestro, es improcedente afectar más de una vigencia y más de un negocio asegurativo, como se pasa a explicar.

En primer lugar, es importante traer a colación el artículo 1072 del Código de Comercio, el cual define el siniestro como “*la realización del riesgo asegurado*”, siendo que de conformidad con el proceso de responsabilidad fiscal que ahora nos convoca, uno de los riesgos asegurados mediante las Póliza de Manejo Global Entidades Estatales No. 21715582/0, es “*JUICIOS CON ALCANCE FISCAL*”.

Ahora, el siniestro en el caso concreto, de conformidad con el artículo 9 de la Ley 610 de 2000 y según lo aceptó la misma Contraloría, fue solo uno, pese a que el mismo se haya presentado de manera continua durante el lapso comprendido entre el 2010 al 2016.

En este punto y de cara a la precisión de la afectabilidad de la póliza No. 21715582/0, es importante mencionar que el artículo 1073 del Código de Comercio estableció lo siguiente:

Artículo 1073. Responsabilidad del asegurador según el inicio del siniestro. Si el siniestro, iniciado antes y continuado después de vencido el término del seguro, consuma la pérdida o deterioro de la cosa asegurada, el asegurador responde del valor de la indemnización en los términos del contrato.

Pero si se inicia antes y continúa después que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador, éste no será responsable por el siniestro.

De acuerdo con lo anterior, el legislador sólo concede el derecho a la indemnización a cargo del asegurador, cuando el riesgo se realiza o inicia su realización dentro del periodo amparado por la respectiva póliza vigente al momento en la que ocurrió el siniestro, sin embargo, se itera, para el caso concreto, según el análisis previo, el hecho o siniestro fue uno solo, pese haberse desarrollado del 2010 al 2016.

Ahora teniendo claridad sobre lo anterior, es menester indicar a la Contraloría que no es procedente a la luz del Código de Comercio en concordancia con la Ley 610 de 2000, afectar varias pólizas con vigencias diferentes por el acaecimiento de un solo siniestro, pues en gracia de discusión, de confirmarse la responsabilidad de los investigados, solo sería afectable una de las pólizas, teniendo en consideración no sólo el artículo 1073 del Código de Comercio, sino también, que el mencionado negocio asegurativo, protocolizado mediante la póliza No. 21715582/0, se pactó bajo la modalidad de “ocurrencia”, así:

1. AMPARO

La Compañía en consideración a las declaraciones que el Tomador ha hecho en la solicitud, las cuales se incorporan a este contrato para todos los efectos, ampara al asegurado, con sujeción a las condiciones de esta póliza, contra apropiación indebida de dinero u otros bienes de su propiedad que aconteciere como consecuencia de hurto calificado, hurto, abuso de confianza, falsedad y estafa, de acuerdo con su definición legal, en que incurran sus empleados, siempre y cuando el hecho sea cometido durante la vigencia de la presente póliza.

PARÁGRAFO:

- a) Las pérdidas provenientes de un número plural de eventos ocurridos durante la vigencia del contrato de los cuales haya sido autor principal o en las que se halle implicado un mismo trabajador, se consideraran para los efectos de la póliza como un mismo siniestro.
- b) Por otra parte, el conjunto de pérdidas ocurridas durante la vigencia del contrato, y provenientes de un mismo evento, se consideraran para los efectos de la póliza como un solo siniestro. Habrá unidad de eventos cuando exista identidad de designio criminal, de medio y de resultado.

En conclusión, la Contraloría erró al determinar la afectación de la póliza No. 21715582/0, por cuanto al tratarse de un solo hecho complejo o de tracto sucesivo, a la luz del artículo 1073 del Código de Comercio, es improcedente afectar la póliza mencionada al haberse iniciado el siniestro antes y continuado el mismo después que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador.

Por lo anterior, la Contraloría incurrió en un yerro que generó la nulidad del fallo con responsabilidad fiscal, por lo cual el mismo debe ser revocado.

3.7. LA CONTRALORÍA INCURRIÓ EN FALSA MOTIVACIÓN – EN RELACIÓN CON EL COASEGURO E INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD CONTENIDA EN LA PÓLIZA N°21715582/0.

La póliza No. 21715582/0 utilizada como fundamento para vincular a mi representada como tercero patrimonialmente responsable, revela que la misma fue tomada bajo la figura de coaseguro, distribuyendo el riesgo así:

Coaseguro					
Código	Tipo	Nombre de la Compañía	Líder	% de Participación	Prima
1003	CEDIDO	ALLIANZ SEGUROS S.A.	X	60,00	5.917.808,40
1088	CEDIDO	ASEGURADORA SOLIDARIA		40,00	3.945.205,60

Así entonces se evidencia que para la póliza No. 21715582/0 el porcentaje de participación en coaseguro de mi prohijada es de 40%, siendo el valor asegurado máximo de \$240.000.000.

En ese sentido, existiendo un coaseguro, es decir, estando distribuido el riesgo entre mi representada y la compañía de seguros ALLIANZ SEGUROS S.A., la responsabilidad de cada una de las coaseguradoras está limitada al porcentaje antes señalado, pues de ninguna manera puede predicarse una solidaria entre ellas. Por lo anterior, únicamente podrá responder hasta el 40%.

El artículo 1092 del Código de Comercio, que estipula lo siguiente:

“En el caso de pluralidad o de coexistencia de seguros, **los aseguradores deberán soportar la indemnización debida al asegurado en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos**, siempre que el asegurado haya actuado de buena fe. La mala fe en la contratación de éstos produce nulidad.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Lo consignado en la norma en cita se aplica al coaseguro, por estipulación expresa del artículo 1095 del estatuto mercantil, el cual que establece:

“Las normas que anteceden **se aplicarán igualmente al coaseguro, en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro**.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Dada la figura del coaseguro y de conformidad con lo anterior, la responsabilidad de cada una de las coaseguradoras está limitada al porcentaje antes indicado, ya que no existe solidaridad entre ellas. En concordancia con lo señalado en Sentencia del Consejo de Estado del 30 de marzo de 2022 que reza:

“(…) los distintos aseguradores deben responder con sujeción a la participación que asumieron al momento de la celebración del contrato sin que exista solidaridad de conformidad con el artículo 1092 del Código de Comercio (…)”

De igual forma, la doctrina nacional también ha dejado en claro la imposibilidad concebir una relación solidaria entre las coaseguradoras:

“Las responsabilidades de los coaseguradores respecto del asegurado o beneficiario, para expresarlo en términos acordes con la más estricta juridicidad, **son de carácter conjunto y no solidario, es decir, cada uno responde hasta concurrencia de su respectiva participación en el riesgo y la falencia o incapacidad que pueda afectar a alguno de ellos no acrece las responsabilidades de los demás participantes**.”¹¹ (énfasis añadido).

En conclusión, existiendo coaseguro, de acuerdo con el cual cada aseguradora asumió el porcentaje arriba señalado, se destaca que ni siquiera en el improbable caso de que fueran

¹¹ Narváez Bonnet, J. E. (2012). El coaseguro. Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros, 21(37). Recuperado a partir de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/view/11467>

confirmada la declaratoria de responsabilidad fiscal, no podría condenarse a mi representada por lo que les corresponde a las otras coaseguradoras. Lo anterior, como quiera que en el coaseguro las compañías aseguradoras no son solidarias, como se desprende del artículo 1092 del Código de Comercio, debido a que cada asegurador deberá soportar la indemnización debida, en proporción a la cuantía de su participación porcentual.

3.8. LA CONTRALORÍA INCURRIÓ EN FALSA MOTIVACIÓN - INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD EN EL MARCO DEL CONTRATO DE SEGURO.

La obligación de mí representada, la compañía de seguros, emana de un contrato de seguro celebrado dentro de unos parámetros y límites propios de la autonomía de la voluntad privada y no de la existencia de la una responsabilidad fiscal o si quisiera llamarse, responsabilidad civil extracontractual, que se pudiere atribuir al asegurado conforme lo establecido por el artículo 2341 del Código Civil y a las disposiciones precitadas en materia de Responsabilidad Fiscal, por tanto se encuentra frente a dos responsabilidades diferentes a saber:

1. La del asegurado por la responsabilidad que se le llegará a atribuir, cuya fuente de obligación indemnizatoria emana de la ley propia y
2. La de mí representada aseguradora cuyas obligaciones no emanan de la ley propiamente dicha, sino de la existencia de un contrato de seguro celebrado dentro de los parámetros dados por los artículos 1036 del Código de Comercio y S.S., encontrándose las obligaciones de mí representada debidamente delimitadas por las condiciones pactadas en el contrato de seguro celebrado, constituyéndose entonces las obligaciones del asegurado y de la aseguradora en obligaciones independientes y que no son solidarias.

Así lo ha entendido el Consejo de Estado sin mayor disertación al respecto:

“(…) En ese sentido, conforme lo dispone el artículo 1037 del Código de Comercio, el asegurador es la persona que asume los riesgos del interés o la cosa asegurada, obligación muy diferente a la solidaridad derivada de un contrato o por ministerio de la ley, ya que es la realización del riesgo asegurado lo que da origen a la obligación del asegurador, tal como lo dispone el artículo 1054 del Código de Comercio (…)” (Subrayas y negrilla mías)

En similar sentido lo ha entendido el órgano de cierre de esta jurisdicción:

“(…) Por último, la compañía aseguradora no está llamada a responder de forma solidaria por la condena impuesta, sino atendiendo que «el deber de indemnizar se deriva de una relación contractual, que favoreció la acción directa por parte del demandante en los términos del artículo 1134 del C. de Co(…)» (Subrayas y negrilla mías)

Entendido lo anterior, es preciso indicar que la solidaridad de las obligaciones en Colombia solo se

origina por pacto que expresamente la convenga entre los contrayentes, lo anterior según el art. 1568 del Código Civil Colombiano que reza:

“(…) En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito. Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum. La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley. (…)”

Por lo anterior, y clarificando que la responsabilidad que persigue la Colegiatura dimana de un evento de responsabilidad fiscal, cuya fuente emana de la ley, es decir, aquella que recae sobre el asegurado -entidad afectada- o sus servidores, a raíz de un eventual detrimento patrimonial, y luego, está la responsabilidad que recae sobre mi representada cuya fuente difiere ampliamente de aquella que pregona la Responsabilidad Fiscal, en este caso, la compañía de seguros encuentra la fuente de sus obligaciones en el contrato, en específico, el contrato de seguro objeto de vinculación, por ende, al tratarse de fuentes obligacionales disímiles, no pueden obligarse solidariamente.

Así entonces, incurre en un vicio por falsa motivación al considerarse que la obligación de mi prohijada es solidaria.

3.9. LA CONTRALORÍA INCURRIÓ EN INFRACCIÓN A LAS NORMAS EN LAS QUE DEBÍA FUNDARSE –ARTÍCULO 1054 DEL C.Co.

La Contraloría delegada Intersectorial No. 15 al expedir el Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 2145 del 29 de noviembre de 2024, incurrió en el vicio de nulidad denominado desconocimiento de las normas en las normas en que debía fundarse, como quiera que al expedir el mencionado acto administrativo contravino lo dispuesto por el artículo 1054 del Código de Comercio declarando el siniestro sobre un hecho inasegurable.

Para sustentar el reparo que ahora se propone, debe tenerse en cuenta que el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone que procede la nulidad de los actos administrativos, entre ellos, lógicamente se encuentra el Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 2145 del 29 de noviembre de 2024, cuando hayan sido expedidos con desconocimiento de las normas en que debía fundarse. Dicha causal de nulidad ha sido definida por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado de la siguiente manera:

La contravención legal a la que hace referencia esa causal debe ser directa y ocurre cuando se configura una de las siguientes situaciones: i) falta de aplicación, ii) aplicación indebida o, iii) interpretación errónea. Según la doctrina judicial del Consejo de Estado, ocurre la primera forma de violación, esto es, la falta de aplicación de una norma, ya porque el juzgador ignora su existencia, o porque a pesar de que conoce la norma, tanto que la analiza

o sopesa, sin embargo, no la aplica a la solución del caso. También sucede esa forma de violación cuando el juez acepta una existencia ineficaz de la norma en el mundo jurídico, pues no tiene validez en el tiempo o en el espacio. En los dos últimos supuestos, el juzgador puede examinar la norma pero cree, equivocadamente, que no es la aplicable al asunto que resuelve, evento en el cual se está ante un típico caso de violación por falta de aplicación, no de interpretación errónea, en razón de que la norma por no haber sido aplicada no trascendió al caso. Se presenta la segunda manera de violación directa, esto es, por aplicación indebida, cuando el precepto o preceptos jurídicos que se hacen valer se usan o se aplican a pesar de no ser los pertinentes para resolver el asunto que es objeto de decisión. El error por aplicación indebida puede originarse por dos circunstancias: 1.- Porque el juzgador se equivoca al escoger la norma por inadecuada valoración del supuesto de hecho que la norma consagra y 2.- Porque no se establece de manera correcta la diferencia o la semejanza existente entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto. Y, finalmente, se viola la norma sustancial de manera directa, cuando ocurre una interpretación errónea. Sucede cuando el precepto o preceptos que se aplican son los que regulan el asunto por resolver, pero el juzgador los entiende equivocadamente, y así, erróneamente comprendidos, los aplica. Es decir, ocurre cuando el juzgador le asigna a la norma un sentido o alcance que no le corresponde¹².

De forma complementaria a lo plantado en precedencia, el despacho debe tomar en consideración las normas imperativas del Código de Comercio relativas al Contrato de Seguro, pues nos encontramos ante un riesgo inasegurable por expresa disposición legal.

En efecto, el riesgo objeto de aseguramiento según lo dispone el artículo 1054 del C.Co., es el *«suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador»* y constituye uno de los elementos esenciales del contrato de seguro, cuya prueba ha de suministrarla el asegurado o el beneficiario, si este último es el que está en posibilidad de hacerlo.

Adicionalmente, la norma legal mencionada determina que hay aspectos que no constituyen riesgos y, por tanto, son extraños al contrato de seguro, tales aspectos son: (i) Los hechos ciertos, salvo la muerte; (ii) los físicamente imposibles; y (iii) la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento. Del ámbito del riesgo, a partir de la definición inicial (art. 1054 C.Co.), se puede establecer que el riesgo se encuentra delimitado entre los extremos de la certeza y la imposibilidad, quedando excluidos por tanto los hechos ciertos, salvo la muerte y los físicamente imposibles. A este respecto, sea oportuno recordar lo manifestado por la honorable Superintendencia Financiera de Colombia en el sentido de que:

"(...) el "riesgo" supone la existencia de una contingencia, es decir la existencia de la posibilidad de que el hecho que se está amparando suceda en el contrato de seguro, elemento que es de la esencia de este contrato, establece "(...) denomínale riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho¹³(...)"

¹² Consejo de Estado. Sección Cuarta. M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. 15 de marzo de 2012. Exp. 16660.

¹³ Superintendencia Financiera. Concepto No. 2000101895-4. Junio 8 de 2001 pensión de invalidez. 1 Jaramillo J. Carlos Ignacio. Derecho de Seguro. Tomo IV: Teoría General del Contrato y Análisis de algunos seguros en particular. Editorial

Otra parte de la doctrina sostiene que “el riesgo por expreso reconocimiento legislativo en Colombia, es uno de los elementos esenciales del contrato de seguro (C. de Co., art. 1045), sin vacilación, el de mayor preponderancia o abolengo, por cuanto toda la operación del seguro ora directa ora indirectamente, apunta hacia el riesgo, su ratio. Es, sin más calificativos, si bastión, su mástil, su columna vertebral o, si se prefiere, su materia prima, como gráficamente es denominada por un sector de la doctrina.”²⁸ Ahora bien, es fundamental tener en cuenta que no solo la doctrina se ha encargado de dilucidar el tema de cuáles riesgos no son asegurables, sino que también existe una vasta jurisprudencia que explica la forma de aplicación del fenómeno.

Por lo anterior y para concluir, no hay lugar a dudas que el supuesto siniestro, entendido este como el incumplimiento de la disposición legal, ocurrió antes de que entraran en vigor las pólizas N°600-64-994000002920 y N°021715582/0, como quiera que se trata de un solo hecho de tracto sucesivo que inició en el 2010.

Por lo tanto, para el momento de la entrada en vigor de las pólizas, esto es en 2015 y 2016, se trataba de un hecho cierto y en tal virtud, inasegurable por mandato legal, por ende, mi representada debió ser absuelta de cualquier tipo de responsabilidad en el proceso bajo estudio. Lo anterior, debido a que ordenar hacer efectiva la póliza con base en un hecho pretérito y cierto y no en uno futuro e incierto como imperativamente lo exige el artículo 1054 del C.Co., constituye en sí mismo un evento contrario al ordenamiento jurídico.

I. PETICIONES

- A. Comedidamente, solicito se **REVOQUE INTEGRAMENTE** el **FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL No. 2145 DEL 29 DE NOVIEMBRE DE 2024**, proferido dentro del proceso de la referencia, por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario, no se acreditan de ninguna manera los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, esto es, no se demuestra un patrón de conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza de los presuntos responsables, ni un daño cierto y debidamente cuantificado causado al patrimonio de la administración pública.
- B. Comedidamente, solicito que se sirva **ABSOLVER** de toda condena a la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**, en calidad de tercero civilmente responsable y garante, debido a que ha operado la prescripción de las acciones derivadas de los contratos de seguro concretados bajo las pólizas de Manejo Para Entidades Oficiales No. 600-64-994000002920, y N°021715582/0.
- C. Subsidiariamente, en caso de no ser aceptados los argumentos expuestos, solicito respetuosamente que se conceda el **RECURSO DE APELACIÓN**.

Temis, S.A., Bogotá, 2013. Pág. 261.

II. NOTIFICACIONES

- El suscrito y mi representada recibirán notificaciones en la dirección de correo electrónico notificaciones@gha.com.co

Atentamente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No 19.395.114 expedida de Bogotá.

T.P. No. 39.116 del C.S. de la J.